

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 06/09/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/33843-la-proposta-del-mediatore>

Autore: Digregorio Francesco

La proposta del mediatore

Brevi note su una sentenza che promuove la proposta del mediatore

LA PROPOSTA DEL MEDIATORE

Brevi note su un'ordinanza che promuove la proposta del mediatore

dott. agr. Francesco Digregorio – mediatore

PROLOGO. Brevi note a commento di un interessante provvedimento infraprocedimentale con il quale si sostiene di 'estorcere' la proposta al mediatore nel nobile intento di favorire il ricorso alla mediazione, anche se con soli fini deflattivi.

L'ORDINANZA. In un giudizio pendente presso il Tribunale di Vasto, il Giudice si esprime a favore della mediazione pervenendo, nella sua Ordinanza riservata ¹, a richiedere alle parti di esperire il tentativo di conciliazione ricorrendo ad un Organismo di Mediazione (OdM) il cui Regolamento non preveda che il mediatore formuli la sua proposta nel solo caso di richiesta congiunta delle parti.

Questo è l'elemento tecnico-giuridico sul quale qui si vuole porre l'attenzione benchè l'Ordinanza suggerisca ulteriori elementi di valutazione circa l'onerosità delle circostanze di cui all'art. 13 del D. Lgs. 28/2010, che sono sicuramente meritevoli di approfondimento, magari da sviluppare meglio in altra sede (di seguito solo qualche cenno).

LA NORMATIVA DI RIFERIMENTO. Il D. Lgs. 28/2010, all'art. 11, afferma che il mediatore formula la proposta quando le parti congiuntamente ne fanno richiesta mentre l'art. 7 del DM 180/2011 disciplina a tal proposito gli elementi che il Regolamento di un OdM può contenere:

- *che la proposta può provenire da un mediatore diverso da quello designato e che ha iniziato la mediazione.* Si arguisce che il Legislatore abbia voluto far intervenire all'occorrenza un mediatore particolarmente esperto su specifiche materie;
- *che la proposta possa essere formulata a richiesta di parte in assenza di una o più parti in mediazione.* L'assenza in tantissimi Regolamenti di tale previsione suggerisce che gli OdM, con i mediatori, tendono a rifuggire da una inutile assunzione di responsabilità derivante da imprevedibili sviluppi dell'instaurando processo (dimenticando che su tutta la mediazione vige l'assoluta riservatezza e l'inutilizzabilità dei fatti e degli esiti nel processo, ex art. 10 del D. Lgs. 28/2010).

NEL MERITO. Nell'Ordinanza il Giudice prova ad enucleare la *ratio* che vorrebbe sottesa alla formulazione della proposta, ovvero spingere le parti a partecipare e a ricercare ragioni conciliative, pena le conseguenze previste dall'art. 13 sui costi del giudizio derivato dalla mancata mediazione per mancata adesione.

È opportuno ricordare che proprio il meccanismo azionabile con l'art. 13 è oggetto d'esame, allo stato, da parte della Corte di Giustizia europea perché, si sostiene², l'eccessiva onerosità della mediazione (per mancata adesione o per mancata conciliazione), e del successivo necessario processo ordinario, rappresenta un aggravio di costi e un allungamento dei tempi derivando, di fatto, un sostanziale impedimento al ricorso alla giustizia, violando così un sacro diritto del

¹ Dott. Fabrizio Pasquale – Ordinanza riservata del 05.07.2012 nella causa n. 1054/2010 – Trib. di Vasto.

² Avv. Nicola Lombardi, GdP in Mercato San Severino (SA) – Ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per la soluzione ad una questione di interpretazione del Diritto dell'Unione, del 21.09.2011.

cittadino, immolato sull'altare dell'inefficienza del sistema giudiziario italiano (e anche del nuovo istituto della mediazione³).

È opportuno perciò contemperare da una parte l'esigenza di amministrare giustizia in tempi ragionevoli pervenendo ad un sereno risultato, conciliativo o giudiziario; dall'altra evitare che la fretta ad ogni costo (si ricordi il dibattito più o meno recente, politicamente aberrante, sviluppatosi intorno alla limitazione temporale dei processi) mortifichi il perseguimento di una giustizia giusta, se non giustissima, almeno equa (nella ripartizione delle quote di ingiustizia).

CONSIDERAZIONI. Il nobile intento del Giudice, di cui all'Ordinanza in parola, di spingere le parti a ricercare le ragioni conciliative prima di coltivare il giudizio ordinario, appare arduo con l'attuale legislazione. Vero è infatti, che moltissimi dei circa 900 OdM accreditati presso il Ministero hanno adottato regolamenti che rispecchiano il dettato normativo non avvalendosi della facoltà di prevedere che il mediatore formuli la proposta a richiesta di una parte in assenza di una o più parti (spesso le convenute).

Forse non è neanche un male nell'attuale fase di rodaggio e verifica (si spera) del funzionamento del nuovo istituto della mediazione: la figura del mediatore appare fragile, a volte finanche evanescente; solo il rigore etico-morale e professionale ed una giusta impostazione del lavoro da parte dell'OdM sopperiscono in parte alla limitata preparazione professionale richiesta al mediatore. Questa, infatti, a nostro avviso, dovrebbe sommare qualità professionali multidisciplinari, dovrebbe essere presidio rassicurante nell'arte della comunicazione, ma dovrebbe essere espressione di una vissuta esperienza professionale nelle materie specifiche: un mediatore non va bene sempre e per tutto. Un mediatore non si forma con 50 ore di corso, un mediatore non dovrebbe essere il giovane dottore in legge che, non trovando spazio di mercato, comincia la pratica professionale con le mediazioni (tenacemente avversate dagli avvocati di più lungo corso), nel frattempo frequenta uno studio legale per la necessaria pratica forense.

Un mediatore, utile al bisogno di giustizia civile, dovrebbe essere abilitato alla professione esercitata da un congruo numero di anni; dovrebbe dimostrare ad una competente Commissione le sue capacità tecnico-giuridiche nella materia specifica e dovrebbe mantenere attive le sue competenze svolgendo un congruo numero di mediazioni (eventualmente integrate con tirocinio assistito, o come meglio si vuole).

Un mediatore così attrezzato potrebbe rispondere alle esigenze giustamente espresse dal Giudice nella sua Ordinanza in commento; vi è di più: un mediatore così equipaggiato potrebbe, se richiesto, formulare una proposta che potrebbe avere la sostanza, se non il valore e la forma, di una consulenza tecnica d'ufficio anticipata a fronte di una istruttoria adeguata e compiuta nel procedimento di mediazione attivato⁴.

³ Di diverso e pacato avviso è la Commissione europea chiamata a dare, sulla questione interpretativa sollevata dal GdP di Mercato San Severino, il suo parere, che per tramite del servizio giuridico e in particolare del suo Agente Federica Moro, sostiene che il diritto comunitario non osta in linea di principio con la legislazione nazionale di recepimento della Dir. 2008/52/CE, il D. Lgs 28/2010, mentre riserve esprime solo in merito all'onerosità della mediazione obbligatoria e alle sanzioni previste laddove, a giudizio del Giudice adito, siano di ostacolo effettivo al ricorso alla giustizia. Anche a nostro modesto avviso il meccanismo sanzionatorio previsto dal D. Lgs. 28/2010 andrebbe rivisto, frettolosa risposta ad esigenze deflattive che meritano interventi ordinamentali ben più sostanziosi e meditati.

Quindi di ben diverso e assennato tono sono da valutare le argomentazioni della Commissione rispetto a quelle sostenute dal Giudice rimettente, che in talune proposizioni appaiono mistificatorie e preconettualmente prevenute, forse derivanti dalla necessità di tutela di un sistema e non dalle ragioni di giustizia (per esser buoni, vogliamo citare A. Einstein: *"Il problema non è imparare il nuovo, ma dimenticare il vecchio"*).

⁴ Si renderebbe necessario un intervento normativo in quanto sarebbero prove acquisibili nell'instaurando processo ordinario, ma formatesi fuori di esso.

A questo punto appare appropriata qualche domanda, impertinente, al Giudice estensore dell'Ordinanza in commento:

1. al fine di “... *introdurre nell'ordinamento meccanismi dissuasivi di comportamenti processuali ostinatamente protesi alla coltivazione della soluzione giudiziale della controversia ...*”⁵, Le appare appropriato vagliare e sanzionare normativamente il ‘comportamento causidico’ della parti ‘legalmente assistite’, per il quale pare che circa il 70% delle mediazioni fallisce?
2. Le appare appropriato valutare il comportamento processuale del GdP che non rileva d’ufficio il mancato esperimento della mediazione, traendo da ciò elementi di giudizio disciplinare valutabili, p.e., dal Presidente del Tribunale?

CONCLUSIONI. In una interessante ‘Ordinanza riservata’ il Giudice del Tribunale di Vasto suggerisce alle parti l’esperimento della conciliazione attraverso una procedura di mediazione da attivare presso un OdM che non esclude la formulazione della proposta da parte del mediatore al solo caso di richiesta congiunta.

Pare un suggerimento di notevole valore che però abbisogna, a nostro parere, di una modifica dell’assetto normativo onde rendere la proposta una sorta di consulenza tecnica d’ufficio anticipata da utilizzare nell’eventuale instaurando processo ordinario conseguente alla fallita mediazione. In tali circostanze, sosteniamo, servirebbe una figura di mediatore diversamente attrezzata perché renda una proposta sostanzialmente e formalmente valida conseguente ad una opportuna e appropriata modificazione normativa.

Se appare opportuno sostenere la tesi del Giudice estensore dell’Ordinanza commentata, rileva anche considerare che tantissime mediazioni falliscono per sotteso atteggiamento causidico di parti legalmente assistite, come pure degno di nota è l’atteggiamento generalizzato di GdP che omettono il rilievo d’ufficio del mancato esperimento della conciliazione nelle materie di cui all’art. 5 del D. Lgs 28/2010.

Ci duole notare che forse sono ancora molti gli attori che devono ricalibrare i loro comportamenti, anche a norma invariata, e molto il Legislatore ha da ascoltare le voci dal campo preparandosi a modifiche sostanziali necessarie all’attuale impianto normativo della mediazione obbligatoria.

Agosto 2012

dott. agr. Francesco Digregorio - mediatore
francodigregorio@alice.it

⁵ Dall’Ordinanza citata.